

Un fallo que pone coto a las órdenes de allanamiento a domicilios profesionales y comerciales emitidas sin debido fundamento¹

A Julia, mi sobrina

Por Juan Manuel Álvarez Echagüe²

I. INTRODUCCIÓN.

En esta oportunidad se me ha otorgado la posibilidad de comentar un muy interesante fallo emitido por la Cámara Nacional en lo Penal Económico, Sala “A” en el incidente de nulidad interpuesto en la causa “N.N. Contribuyente Constructora Sudamericana SACIF Inmob. y Arop. s/ infracción 24.769”, del 21 de abril de 2.004.

Entiendo que se trata de una sentencia breve pero medulosa, que tal como señalara en el título, viene a poner coto a los pedidos de órdenes de allanamiento por el Fisco a domicilios comerciales y profesionales, aunque haciendo consideraciones de suma importancia respecto de los extremos que deben verificarse o acreditarse para admitir que se violenten estos últimos.

La causa llega a conocimiento de la Cámara pues el Juez de primera instancia denegó la nulidad articulada por los abogados defensores del imputado, resolución que fue apelada.

¹ Este trabajo encuentra fundamento en el Capítulo V del libro de mi autoría denominado “**Las sanciones tributarias frente a sus límites constitucionales**”, Ad-Hoc, junio 2.004.

² Abogado (UBA). Especializado en Derecho Económico Empresarial (UBA). Premio Asociación Argentina de Estudios Fiscales año 2.000 (Rubro Artículo). Docente de grado y posgrado (UBA, UNLZ y Universidad De Rosario). Profesor Titular de la materia “Política Económica y Tributaria” en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Doctorando en Derecho Tributario y Financiero (UBA). Cursos en el exterior. Autor de numerosos artículos sobre la materia tributaria y de dos libros. Socio del Estudio **ÁLVAREZ ECHAGÜE & CALVO**.

La realización de cualquier comentario sobre el presente, por favor hacerlo vía E-MAIL a la siguiente dirección: abogados@infovia.com.ar

El juez *a quo* había ordenado no sólo allanar los domicilios comerciales del imputado, sino que, además, se había admitido el allanamiento del domicilio profesional del contador, decisión que según los defensores estaba viciada de nulidad pues no se encontraba debidamente fundamentada, tal cual exige el art. 224 del Código Procesal Penal de la Nación.

II. CONSIDERACIONES CRÍTICAS.

El artículo 35 inc. e)³ de la ley 11.683 otorga a la AFIP amplias potestades de investigación entre las que se encuentra la de solicitar a los jueces competentes⁴ ordenes de allanamiento y el auxilio de la fuerza pública, informando, además, que a los efectos de concretarlos son de aplicación los artículos correspondientes del Código Procesal Penal.

Asimismo, el art. 21 de la Ley Penal Tributaria 24.769 faculta al Organismo recaudador a solicitar medidas de urgencia, entre las que se encuentra el allanamiento, cuando hubiere motivos para presumir que en algún lugar existen elementos de juicio probablemente relacionado con la comisión de un delito de los en esa norma tipificados.

Es evidente que esta herramienta que posee la Administración Tributaria, es decir, la de solicitar el allanamiento de domicilios, es de vital

³ El art. 35, en su parte pertinente, establece que: *“La ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS tendrá amplios poderes para verificar en cualquier momento, inclusive respecto de períodos fiscales en curso, por intermedio de sus funcionarios y empleados, el cumplimiento que los obligados o responsables den a las leyes, reglamentos, resoluciones e instrucciones administrativas, fiscalizando la situación de cualquier presunto responsable. En el desempeño de esa función la ADMINISTRACIÓN FEDERAL podrá:*

...

e) Recabar por medio del Administrador Federal y demás funcionarios de la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS, orden de allanamiento al juez nacional que corresponda, debiendo especificarse en la solicitud el lugar y oportunidad en que habrá de practicarse. Deberán ser despachadas por el juez, dentro de las veinticuatro (24) horas, habilitando días y horas, si fuera solicitado. En la ejecución de las mismas serán de aplicación los artículos 224, siguientes y concordantes del Código Procesal Penal de la Nación”.

⁴ Juzgados en lo Contencioso Administrativo si se trata de infracciones tipificadas en la ley 11.683 y, Juzgados Penales Económicos de la Capital Federal o Juzgados Federales en el interior del país si están involucrados delitos penales tributarios (ley 24.769). En este sentido ver Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, causa “Fisco Nacional (DGI) c/ Vildex S.A. s/ allanamiento”, sentencia del 6/7/93, donde sostuvo que si se trata de allanamientos solicitados por conductas infractoras de la ley 11.683 es competente la justicia contencioso administrativa federal.

importancia a los efectos de lograr efectividad en sus tareas de verificación y fiscalización y en la investigación de delitos tributarios.

Como es sabido, la posibilidad de allanar domicilios constituye una excepción al principio contenido en el art. 18 de la Constitución Nacional, por lo cual deberá ser merituada con mucha prudencia por el Juez competente la solicitud que realice el Fisco para que se lo autorice a allanar el domicilio de un sujeto.

Para lograr que se expida la orden, no bastará la simple petición, sino que la misma deberá encontrarse fundamentada con datos e indicios que deben aportarse conjuntamente con el pedido, indicando la necesidad de proceder a indagar en el domicilio del sujeto para poder obtener otras pruebas que entiende se encuentran en el lugar que se pretende violentar sin el consentimiento de su dueño, pero para ello es necesario acreditar que en el lugar que se va a allanar existen cosas concernientes a un delito o, al menos, se presume su existencia.

Claro está, cuando el Juez luego de haber analizado con suma prudencia el pedido decide otorgar la posibilidad de allanar el domicilio, la cuestión se centra en establecer limitaciones al mismo, esto es, *“El límite consiste en establecer los alcances del allanamiento que la persona física o jurídica que motiva la medida, esta obligada a soportar en su carácter de contribuyente o responsable, no sólo para evitar que con dicho medio se obtenga otro tipo de información sino para que no se viole la garantía constitucional”*.⁵

Es que el juez no debe autorizar toda orden de allanamiento que se solicite en forma automática, sino que, por el contrario, se encuentra obligado a meritar cada solicitud con suma prudencia y sólo ordenar el allanamiento cuando haya indicios suficientes.⁶ Es más, la mera reticencia del contribuyente a colaborar con la Administración, no brindando información e impidiendo a los

⁵ Cfr. Fernando Sanz de Urquiza, *“Límites legales a los allanamientos realizados por la D.G.I.”*, Impuestos 1994-A-504. En similar sentido se expide Alberto Deoberti en su trabajo *“Órdenes de allanamiento. Facultades de la DGI”*, Impuestos 1993-A-18, cuando en el apartado XI inc. c) establece que se debe: *“Especificar el lugar y la oportunidad en que se solicita su práctica. La jurisprudencia ha sostenido que los fundamentos deben hacer referencia concreta al objetivo que se persigue, determinando las causas y personalizando su objeto con el fin de evitar excesos y posibles afectaciones de derechos resguardados por las normas constitucionales”*.

⁶ Juzgado Nacional Contencioso administrativo Federal n° 1, *“Fisco Nacional c/ ISA Cornejo Informática s/ orden de allanamiento”*, del 23/10/89, Impuestos L-B-1076

funcionarios el acceso al domicilio, no autoriza el allanamiento sin que existan indicios serios que justifiquen la urgencia de la medida.⁷

La orden judicial debe establecer concretamente cual es el objetivo del allanamiento, con lo cual los funcionarios intervinientes sólo podrán realizar la búsqueda de información que se encuentre estrictamente relacionada con el objeto de la actividad, ya que no puede quedar al arbitrio de quien realiza la pesquisa determinar hasta donde puede extenderse la colección de pruebas.

En el caso, tal como sostiene la Cámara, *“... la única razón invocada es la necesidad de verificar la contabilización de determinadas operaciones en los libros de una sociedad anónima en miras a determinar una posible maniobra de fraude al fisco”*.

Es decir, la Administración Tributaria solicita una medida tan extrema como es la de allanar un domicilio para realizar una tarea de verificación y fiscalización de la contabilidad, a la cual puede acceder a través de las facultades que le confiere la ley 11.683, especialmente en los artículos 35 y 36. En todo caso, antes de solicitar la orden de allanamiento, el Fisco debió ejercitar esas potestades para intentar obtener esos datos o informaciones que consideraba vitales a los efectos de la investigación de la posible comisión de uno de los delitos tipificados en la ley 24.769 y, en que caso de que el contribuyente se negara a aportarlos, solicitar el allanamiento de los domicilios, aunque tal como ha sostenido la jurisprudencia, *“...la circunstancia de que en algunos casos no se hubiera permitido a los funcionarios verificadores el acceso al domicilio no es motivo para justificar la medida de que se trata. El derecho de exclusión es inherente a la calidad de titular de dominio y su ejercicio no demuestra, en sí mismo, la necesidad de la inspección forzada”*.⁸

En definitiva, certeramente la Sala “A” de la Alzada entiende que las órdenes de allanamiento fueron dictadas sin la debida fundamentación que exige el art. 224 del CPPN, por lo que decide decretar la nulidad de las mismas y, como consecuencia de ello, la de las incautaciones practicadas con motivo de esos allanamientos de domicilio.

⁷ Cámara de Apelaciones en lo Penal Económico, Sala A, “Lapetina Silvia y otros s/ ley 24.769”, del 15/10/97, Impuestos 1998-A-622, con nota de los Dres. Corti, Calvo y Sferco quienes se manifiestan aprobando lo decidido (pág. 1128).

⁸ Idem nota anterior.

III. CONCLUSIONES BREVES.

En materia de órdenes de allanamiento es insoslayable la exigencia que surge del art. 224 del CPPN, el cual exige que el Juez evalúe cada petición con suma prudencia y detenimiento, procediendo a ordenarlo cuando haya indicios suficientes.

Pero, además, para que sea viable la expedición de la orden, es necesario que la petición que formule la Administración Tributaria se encuentre debidamente fundamentada, habiendo aportado datos e indicios que determinen la necesidad de proceder a indagar en el domicilio del sujeto para poder obtener otras pruebas que entienda se encuentran en el lugar que se pretende violar.

Tal como he sostenido más arriba, no alcanza la mera reticencia del contribuyente para colaborar con el Fisco para que se ordene el allanamiento, es decir, no es suficiente la actitud de no proporcionar información y/o impedir a los funcionarios el acceso al domicilio, sino que para que pueda expedirse la orden deben existir indicios serios que justifiquen la adopción de una medida tan extrema.

Sin lugar a duda, es sumamente relevante lo expresado por la Cámara respecto del allanamiento de un domicilio profesional, ya que se desprende de lo sostenido en el fallo que gozan de una protección incluso superior a la de los domicilios comerciales, pues sostiene que “*...la mera comprobación de una hipótesis no es justificación suficiente para irrumpir en un domicilio privado, **mucho menos cuando uno de ellos es la sede de un estudio profesional***” (el destacado es agregado).

Es decir, para allanar cualquier domicilio hay que acreditar debidamente que en ese lugar presumiblemente se encuentran pruebas de la comisión de un delito, pero cuando se solicita violar el domicilio de profesionales ese requisito debe ser evaluado con especial detenimiento y estrictez, postura con la cual coincido plenamente y que espero sea asumida como propia por los Jueces de primera instancia, ya que en esos casos está en juego otra cuestión de vital importancia como es el secreto profesional que surge de la relación con el cliente.